



MÁRCIA NAKAZATO MATOS

**APLICABILIDADE IMEDIATA DA EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº66:
a nova lei do divórcio**

BRASÍLIA - DF

2012

MÁRCIA NAKAZATO MATOS

**APLICABILIDADE IMEDIATA DA EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº66:
a nova lei do divórcio**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Danilo Porfírio de Castro
Vieira

BRASÍLIA - DF
2012

MATOS, Márcia Nakazato

Aplicabilidade imediata da emenda constitucional nº66: A nova lei do divórcio / Márcia Nakazato Matos. Brasília: UniCEUB, 2011.

49 páginas.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Danilo Porfírio de Castro Vieira

AGRADECIMENTOS

Nada mais natural do que dedicar e agradecer esse labor àqueles que ajudaram a concluir mais essa etapa em minha jornada.

A Deus que nos últimos anos tem feito benfeitorias significativas em minha vida e que, nesse momento, proporciona-me alcançar uma parcela distinta da sociedade brasileira, ao possibilitar mais essa conquista.

A minha amada mãe Mônica, que com seu exemplo de vida e caráter foi capaz de me transmitir o verdadeiro sentido do amar, sempre a meu lado, ofertando-me uma formação educacional que hoje, possibilita-me acreditar na realização de mais um sonho, sendo uma eterna companheira, a quem dedico todo meu respeito e todo o meu amor;

A meu querido pai Márcio, que entre tantas lições de vida transmitidas, em seu amplo sucesso nos momentos que fazem parte de sua jornada, evidenciou a rigidez de viver em sua postura, demonstrando sempre o valor de salvar vidas, se tornando na minha, um anjo verdadeiro;

A meu grande irmão Fernando, companheiro e incentivador. Agradeço pela paciência e compreensão destinada a mim ao longo deste curso.

Ao meu melhor amigo e namorado, Igor, companheiro extraordinário que me incentivou nesta jornada e não me deixou esmorecer, sempre ajudando com sua história de grandes vitórias e mostrando que tudo se consegue através do conhecimento.

RESUMO

É advindo de um longo contexto histórico, cultural e jurídico que se retira a indissolubilidade do casamento, que era visto como a comunhão de um homem e uma mulher por toda a vida. Decorridos algumas décadas, a conjuntura social posta em tela em nossos dias atuais proporcionou consideráveis mudanças para inserção de uma nova sistemática de divórcio no Brasil. É nesse sentido que se busca desenvolver este labor. Com o fito de evidenciar a trajetória e a repercussão de conceitos e princípios da chegada da emenda constitucional nº 66, que realizados por intermédio de conceitos doutrinários como família, casamento, intervenção do Estado na vida particular, dignidade da pessoa humana e aspectos processuais, visa-se expor ao cidadão brasileiro as perspectivas positivas, bem como de qual será a nova posição tomada pelo judiciário e pela sociedade. Busca mostrar como se dará a hermenêutica processual civilista diante da problemática intertemporal dos processos em andamento, conclusos e porvindouros, haja vista se considerar a importância de princípios correlatos a aplicação da norma quando do momento de sua vigência e eficácia, expondo a interpretação normativa do fenômeno da irretroatividade. Evidencia também a busca consolidada da sociedade para valer-se da nova sistemática, corroborando a real e efetiva concretização de tal instituto, exposto por altos índices de divórcios em tão pouco tempo. Tal eficácia, de certa forma quase que unânime, tem sido vista também por nosso judiciário, o qual se viu mais célere e menos burocrático. De autoria do Instituto Brasileiro do Direito de Família, tal emenda está sendo considerada como um avanço na legislação brasileira que é considerada hoje uma das mais avançadas dentro da seara de Família.

Palavras-chave: Emenda Constitucional nº 66/2010, separação judicial, processo de conversão, novo divórcio.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DIVÓRCIO E SUA REPERCUSSÃO NA INSTITUIÇÃO FAMILIAR. 8	8
1.1 Contexto Histórico	9
1.2 Direito comparado	16
1.3 Família e Princípios Norteadores	18
2 APLICABILIDADE PROCESSUAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66.....	23
2.1 Separação Judicial antes da EC nº66/2010.....	23
2.1.1 Divórcio Judicial Indireto	23
2.1.2 Divórcio Judicial Direto	24
2.1.3 Divórcio Sanção e Divórcio Remédio.....	24
2.2 O Novo Divórcio no Brasil	26
2.2.1 Divórcio Judicial Litigioso e Consensual	26
2.2.2 Divórcio Extrajudicial Consensual	28
2.3 Dissolução da Sociedade Conjugal e Emenda Constitucional nº 66 28	
2.4 Questões de Direito Intertemporal	29
2.4.1 Situação Jurídica das Pessoas já Separadas Quando da Promulgação da Emenda Constitucional nº 66	29
2.4.2 Processos de Separação e Divórcio em Curso	30
2.5 Princípios Processuais a Emenda Constitucional Nº66/2010.....	32
2.5.1 Da Economia e da Celeridade Processual	33
2.5.2 Da irretroatividade e revogação do Instituto Separação Judicial ..	34
3 ANÁLISE AO CASO CONCRETO	38
CONCLUSÃO	44
BIBLIOGRAFIA	46

INTRODUÇÃO

O presente trabalho vem com o intuito de demonstrar a temática que envolve o divórcio a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 66. Sendo tema de notória importância no contexto do Direito de Família, aspectos históricos, principiológicos e processualistas serão expostos visando evidenciar a sobejada ruptura da temática do divórcio frente à sociedade.

Extirpando do ordenamento o prazo para se permanecer separado “de corpos” por um ou dois anos, rompendo assim com os percalços da vinculação do casal nesse interstício, tal emenda, originária do Instituto Brasileiro de Direito de Família, está sendo entendida por muitos como a normatização do anseio social, considerada como sendo o fim de uma longa demanda reprimida que há muito tempo vinha sendo acompanhada na sociedade.

Neste desiderato, desenvolveu-se o laboro por intermédio de conceitos doutrinários preponderantes acerca de casamento, família, dignidade da pessoa humana, aspectos processuais e sua hermenêutica processualista, além de trazer à baila a realidade do judiciário dentro dessa nova temática.

No primeiro capítulo demonstrar-se-á que a problemática em comento advém de um longo período de transformação cultural. Nessa fase serão expostos posicionamentos adotados pelo direito comparado, bem como da trajetória histórica do arcabouço jurídico basilar do divórcio, além de esmiuçar como se constituiu a família desde sua origem matrimonial e como hoje ela é vista pela sociedade, pois de posse de tais perquirições será possível compreender primeiramente o que é divórcio e, a partir de então, expor conceitos derradeiros de tal concepção.

Em um segundo momento, abordando precipuamente a análise processual, exposto será o procedimento de separação judicial de processos iniciados ou conclusos, tendo em vista residir nesse aspecto uma abrangente

análise no que concerne a hermenêutica na seara processual civilista, pois necessário se fez buscar qual foi a veraz intenção do nosso legislador quando da promulgação e vigência da emenda em comento e sua correlação aos princípios postos pelo rito processual.

Por fim, o terceiro capítulo constitui uma pesquisa empírica e analítica dentro do alto índice do número de divórcios vislumbrada em nossos cartórios bem como da explanação de um caso concreto em que carrega em seu bojo considerações contrárias a aplicação imediata, servindo, portanto, como um meio dedutivo de demonstrar o arranjo da doutrina majoritária.

1 DIVÓRCIO E SUA REPERCUSSÃO NA INSTITUIÇÃO FAMILIAR

O presente capítulo tem por escopo uma abordagem no que concerne ao divórcio no anseio familiar, mormente, sua enorme influência na instituição família, tendo em vista a íntima relação do organismo familiar no significado da própria vida humana.

Sendo assim, buscando uma acepção etimológica da palavra, divorciar nada mais é do que o rompimento legal e definitivo do vínculo do casamento, do latim *divortium*, ou separar-se, ou nas lições de Paulo Lobo, em seu livro Famílias, cita: “o divórcio é o meio voluntário de dissolução do casamento”.¹

Nesse desiderato ocorre que, o que se parecia algo simples de início, acaba se tornando em muitos dos casos, um emaranhado de fatores nos quais os envolvidos no processo não são somente o homem e a mulher, mas sim filhos, familiares, ou seja, rompimento do casamento pode sim desencadear numa confusa relação familiar haja vista à forte pressão que a sociedade impõe ao casal de que, casamento findado é sinônimo de fracasso. Tudo isso reflete, de certa forma, na família, a qual é conceito muito mais amplo e que, não se pode deixar seguir a ditames de uma minoria retrógrada e minoritária vivenciada nos dias atuais, é preciso de uma vez por todas desmistificar com a máxima de que éramos uma sociedade matrimonializada, indissolúvel, hierarquizada e patriarcal. Nesse través, foi posto à baila um novo perfil da sociedade conjugal contemporânea, colocando de forma angular e principal a dignidade da pessoa humana, a efetivação da construção familiar por intermédio de um afeto compulsório.

Em qualquer sociedade, seja ela oriental, ocidental, desenvolvida ou não, duas esferas sempre estiveram presentes, tais sejam: de um lado o aspecto econômico e de outro um aspecto familiar. E é por razões desta que, sendo o casamento uma entidade histórica, interligada nas mais diversas raízes da sociedade, que podemos considerar que família hoje é algo *mutatis mutandi*, ou

¹LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Cap. VIII, p. 149.

seja, à medida que se mudam as estruturas e direção de toda sociedade, os laços singulares entre nossos pares também seguem as mudanças, as rupturas de paradigmas, buscando até mesmo em determinados momentos, justificar determinados fatos e acontecimentos, tão somente devido às relações entre casamento e família. Sendo assim, o doutrinador, Caio Mário, conceitua família:

Ao conceituar a “família”, destaque-se a diversificação. Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhado).²

No direito brasileiro, Clóvis Beviláqua, define casamento:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar educar a prole que ambos de ambos nascer.³

Assim, necessário se faz por em foco a realidade social da unidade familiar, com os novos conceitos e princípios de direito de família condizentes à realidade social, haja vista o tão elevado nível de independência seja ele econômico ou social, pois o que se observa em nossos dias atuais é uma forma indubitavelmente natural e espontânea de um homem e uma mulher se relacionarem e se desenvolverem, e ambos optam por assim dizer, em um relacionamento aberto. O que querem esses com tal atitude é exclamar ao mundo inteiro que se amam e que optaram apenas por conviver de tal modo por considerar que esse, hoje, é o meio de se dividir sonhos, criarem filhos, construir patrimônios, dentre outras coisas.

1.1 Contexto Histórico

Baseado no livro do doutrinador Silvo de Salvo Venosa, o contexto histórico do divórcio no Brasil traduziu-se de um conflito legislativo, decorrente de longa e histórica tradição antdivorcista, sustentada basicamente pela Igreja, que

²PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Cap. LXXXII, p. 23.

³BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Campinas: Red livros, 2001, § 6º, p. 46.

erige o casamento em sacramento. As várias tentativas de admissão do divórcio no Brasil sempre se esbarravam na oposição da Igreja Católica e especificamente no fato da indissolubilidade do matrimônio pertencer à ordem constitucional, dificultando sua emenda. O senador Nelson Carneiro lutou por quase três décadas contra a posição antiodivorcista da Igreja Católica. A introdução do divórcio ocorreu através da Emenda Constitucional nº, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao §1º do art. 175 da Carta Magna de 1969, não só suprimindo a indissolubilidade do vínculo matrimonial como também estabelecendo parâmetros da dissolução.⁴

Sendo assim, para explicar melhor como também de forma didática, expostos serão quatro conjunturas. Primeira a começar pelo decreto nº 181 de 24/01/1890, em seu artigo 108, que introduziu o casamento civil no Brasil:

Art. 108. Esta lei começará a ter execução desde o dia 21-05-1890, e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil se forem de acordo com suas disposições.

Par. único. O casamento civil, único válido nos termos do art. 108 do Dec. 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejem solenizá-las os nubentes.⁵

De autoria de Ruy Barbosa, reconhecia como válido, no Brasil, somente o casamento civil, trazendo em suas raízes, fundadas bases do sistema canônico e mantendo a irremediável posição de não poder se findar o matrimônio (a não ser a morte e a anulação), expondo apenas a figura do desfazimento do vínculo, com o desquite, fazendo gerar com isso inúmeros casos de famílias “marginalizadas”, foco de preconceito e rejeição e corroborando mais uma vez que a influência positivada à época dos cânones romanos em nosso ordenamento jurídico.⁶

E, foi dando continuidade a essa primeira fase, que surgiu o nosso primeiro código civil, publicado em 1916, expondo as considerações ditas

⁴ VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, cap 10, p. 199.

⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. cap V, p. 102.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, volume 6, cap XI, p. 220.

anteriormente acerca da extinção da sociedade conjugal em seus artigos transcritos a seguir⁷:

Art. 315. **Revogado pela Lei n.º 6.515, de 26.12.1977:**

Texto original: A sociedade conjugal termina:

I. Pela morte de um dos cônjuges.

II. Pela nulidade ou anulação do casamento.

III. Pelo desquite, amigável ou judicial.

Parágrafo único. O casamento valido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte.⁸

Num segundo momento, houve em nosso território importante legislação, a notória legislação da mulher casada, lei 4.121 de 27/08/1962, concedendo grandes direitos para as mulheres na relação conjugal, como exposto abaixo⁹: “Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias não perde quanto aos filhos de leito anterior os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido”.¹⁰

No mesmo viés jurídico adveio a Lei do Divórcio lei nº 6515 de 26 de dezembro 1977, de autoria do senador Nelson Carneiro que regulamentou o divórcio vincular¹¹. Este divórcio, que dissolve o vínculo e permite novo casamento, somente passou a ser aplicado no Brasil com a regulamentação da emenda constitucional pela Lei do Divórcio a qual contexto merece destaque as palavras de Silvio de Salvo Venosa explicando sua revogação:

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 23. ed. rev., atual e ampl. De acordo com a reforma do CPC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, volume 5º, cap II, p. 291.

⁸ BRASIL. **Código Civil de 1916**.

⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, cap VII, p. 141.

¹⁰ BRASIL. **Lei do Divórcio lei nº 6515** de 26 de dezembro 1977.

¹¹ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial**: comentário à Lei 6.515/1977 á luz da Constituição de 1988, com as alterações das leis 7.841 e 8.408/92: doutrina, legislação, jurisprudência, direito comparado. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, Cap I, p. 16.

A Lei nº 6.515/77, que regulamentou o divórcio, revogou o artigos 315 a 328 do Código Civil de 1916, que cuidavam da dissolução do casamento, passando a denominar separação judicial ao instituto que o Código rotulava como desquite. Essa lei se disciplinou não apenas ao divórcio e a separação judicial, mas também estabeleceu outros princípios de Direito de Família e de Sucessões, derogando outros artigos do Código Civil anterior. Foi muito ruim a técnica legislativa e não abona o legislador nacional, pois dilacerou nosso Código Civil quando poderia simplesmente substituindo seus dispositivos como fizeram outras legislações ao introduzir o divórcio, como, em exemplo muito próximo, fez a Argentina.¹²

Assim, tal lei só foi admitida em razão da Emenda Constitucional nº 9 de junho de 1977 e permitiu a dissolução do casamento não só pela morte, mas também pelo divórcio. Como versa em seu livro, a doutrinadora Áurea Pimentel Pereira:

A Lei 6.515/77, que se seguiu á Emenda Constitucional nº 9/77, constituiu, no campo do direito, verdadeiro avanço, de uma sociedade aberta e compreensiva, que já não podia continuar convivendo com o verdadeiro atraso cultural que representava a inexistência, em nossa legislação, de solução adequada para os irreversíveis problemas de divergências conjugais.¹³

Lei 6515/77, art. 2º - A Sociedade Conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

A emenda Constitucional nº9/77 introduziu o divórcio no ordenamento brasileiro. Yussef Said Cahali versa em seu livro, Divórcio e Separação, tal descrição: “a indissolubilidade do vínculo é um dogma. Ou se aceita

¹² VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, cap 10, p.199.

¹³ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial**: comentários a lei 6515/77 à luz da Constituição de 1988, com alterações das leis 7.841 e 8.408-92: doutrina, legislação, jurisprudência, direito comparado. 9. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 5.

ou se rejeita. Não cabe discuti-la. A exatidão do princípio transcende a realidade fenomênica, não sendo possível demonstrá-la no plano da razão pura”.¹⁴

Tal fase foi de grande valia em nosso ordenamento, não só porque trouxe importantes modificações no que concerne ao direito de família, mas sim porque trouxe a modificação do termo desquite para separação judicial, o que por derradeiro, revogou a parte do código de 1916, expondo que, onde se lia desquite por mútuo consentimento, passou-se a ler separação amigável e, onde se observava desquite litigioso, passou-se a ler separação judicial, colocando em voga o chamando divórcio indireto, intitulado de divórcio por conversão. Esse por sinal guardava um pré-requisito de três anos, posto por intermédio da constituição de 1969 a qual em seu art. 175, que serviria de intróito para o processo de fim do vínculo matrimonial. Sobre o tema, comenta Áurea Pimentel:

Em nosso país, o maior óbice para a introdução do divórcio era o § 1º do art. 175, da Constituição Federal de 69. Que até o advento da Emenda Constitucional nº9/77 consagrava, como princípio, a indissolubilidade do vínculo matrimonial.¹⁵

Constituição Federal de 1969:

Art.175 – A família é constituída pelo casamento [...]

§ 1º O casamento é indissolúvel.

Tal admissão em nosso ordenamento por intermídia da EC nº 9/77 só se deu, pois o argumento precípua era o religioso, acreditavam os católicos que seus casais não se divorciariam, apenas se divorciariam judicialmente. A realidade, entretanto, diferente do que se temia, foi outra: católicos se divorciam, não houve um grande número de divórcios, e as famílias não se abalaram por isso. Ao contrário, as pessoas passaram a ter mais liberdade e conquistaram o direito de não ficarem

¹⁴ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, t.1, p. 17.

¹⁵ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial**: comentários a lei 6515/77 à luz da Constituição de 1988, com alterações das leis 7.841 e 8.408-92: doutrina, legislação, jurisprudência, direito comparado. 9. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 5.

casadas. Ora, o verdadeiro sustento do laço conjugal não são as fórmulas jurídicas, mas sim o desejo.¹⁶

Findando-se esse segundo período, importante também foi à exposição na lei em seu artigo 40, demonstrando de forma acanhada a exposição do divórcio direto, mas que, por certa imposição religiosa ainda não se via totalmente claro às vistas da sociedade, Vejamos o que Silvio Venosa versa:

Observamos que, originalmente, na Emenda nº 9/77 e na Lei nº 6.515/77, a separação judicial e o divórcio tinham caráter de sucessividade. Isto é, pela regra geral, somente seria atingido pelo casal o estágio de divórcio após ter sido obtida a separação judicial. A Emenda nº9/77 dispunha que o casamento somente poderia ser dissolvido com prévia separação judicial por mais de três anos. Desse modo, não se admitia, como regra geral, a ação direta de divórcio sem prévia separação com o lapso temporal exigido. Existia, contudo, no ordenamento que introduziu o divórcio, a possibilidade e ação direta, todavia em caráter excepcional, de acordo com o exposto no art. 2º da Emenda Constitucional, conforme redação original do art. 40 da Lei 6.515/77(depois alterada pela Lei nº 7.841/89)¹⁷

Art. 40. No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados cinco anos, poderá ser promovida a ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e sua causa.

Nesse través, em uma terceira etapa adveio a Constituição Federal de 1988 e trouxe a figura do homem e da mulher em direitos e deveres iguais, independentemente de sua origem, e deu proteção à união estável, no Século XXI, a PEC 28 de 2009, e parece ter posto em prática a figura do divórcio direto, mesmo com o prazo de mais de dois anos de separação de fato, sem, entretanto, e é claro, findar com a figura do divórcio indireto, conforme artigo 226:

Art.226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, cap VII, p. 141.

¹⁷ VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, cap 10, p. 200.

§3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

~~§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.~~

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Alterado pela EC-000.066-2010)

§7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.¹⁸

Abaixo de suma relevância são as palavras de Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, no livro *Direito de Família e o novo Código Civil*, prefácio, sobre o artigo 226 da Carta Magna de 1988:

A CF/88 absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o artigo 226 afirma que: a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição. O segundo eixo transformador encontra-se no parágrafo 6º do artigo 227, é a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento. A terceira grande revolução encontra-se nos artigos 5º, inciso I, e 226, parágrafo 5º, ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916.¹⁹

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Dispõe sobre Divórcio direto.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2001, p. XI.

Por fim, num último momento, no ano de 2010, reconheceu-se o anseio da sociedade e foi posto em prática a figura do divórcio direto por intermédio da EC/66, findando com o lapso temporal tantas vezes perquirido por nossas legislações anteriores e reconhecendo de fato o divórcio como um direito facultativo às partes, personalíssimo e desmistificado da figura da culpa. Assim com a nova redação do artigo 226 da Constituição Federal, e nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves em seu livro *Direito Civil Brasileiro*, restou tratado o divórcio da seguinte forma:

A separação judicial deixou, assim, de ser contemplada na Carta Magna, inclusive na modalidade de requisito voluntário para conversão ao divórcio, sendo revogado, *ipso facto*, o artigo 1.580 do Código Civil. Remanescendo assim, apenas a figura do divórcio direto, que pode tresdobrar-se em: a) divórcio judicial litigioso; b) divórcio judicial consensual; c) divórcio extrajudicial consensual.²⁰

1.2 Direito comparado

Sendo assim, por ser tipificado juridicamente na grande maioria dos países ocidentais, os quais estão buscando uma tendência evolutiva nos ordenamentos jurídicos, levantando a questão de que o Estado deve, a cada dia mais, interferir menos na vida privada e na intimidade das pessoas, evidenciando cada vez mais uma menor participação do Estado na vida particular do cidadão. O doutrinador César de Oliveira cita em seu artigo um pensamento do presidente do Instituto Brasileiro de Direito de família- IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira, a seguir transcrito:

Quando alguém vai casar é preciso o aval do Estado, no sentido de perguntar há quanto tempo o casal está junto? Não, portanto, no divórcio funciona da mesma forma. Sem contar que, a partir desta emenda, há uma transferência de responsabilidade para as pessoas, porque elas podem fazer o pedido quando acharem melhor e terão de responder por suas escolhas.²¹

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005, cap XI, volume VI, p. 283-285.

²¹ OLIVEIRA, Cesar de. **Nova Lei do Divórcio acaba com a separação judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-17/lei-divorcio-acaba-possibilidade-separacao-judicial>>. Acesso em: 18. Jun. 2010.

Assim, necessário se faz por em tela a figura do direito comparado para entendermos como chegamos a tal emenda em nosso ordenamento, pois segundo demonstra o eminente jurista Francês René David:

Todos os juristas são chamados a se interessar pelo Direito Comparado, quer para melhor compreenderem o seu próprio direito, quer para o tentarem aperfeiçoar, ou ainda, para estabelecer, de acordo com os juristas dos países estrangeiros, regras de conflito ou de findo uniformes ou uma harmonização dos diversos direitos.²²

Isto posto, destaca-se a hermenêutica do casamento em Portugal, país que, no dia 31 de outubro de 2008, publicou a Lei nº 61/2008, que alterou o regime jurídico de divórcio. Em sede lusitana, extinguiu-se a figura da culpa, colocando que ambos são ou não responsáveis pelos atos decorridos do matrimônio, e colocou num mesmo patamar tanto homem quanto mulher na relação matrimonial.

Outro país que merece destaque nessa conjectura é a Espanha, o qual, com a promulgação da Lei nº15/2005, modificou o Código Civil, adotando então o Brasil o mesmo viés de dissolução do casamento que a Espanha, extirpando com o sistema binário anterior a EC/66/2010. Segundo o art. 1, necessário se faz apenas o lapso temporal de três meses para requerimento do divórcio direto ou separação judicial.

Na Itália, casamento ainda segue uma marca muito forte da religião, posto assim um lapso temporal bem largo para que os cônjuges decidam se é isso mesmo que almejam ou não, sendo caracterizado, portanto, como conservador salvaguardando ainda a figura da culpa nesse rompimento conjugal.

O Código Civil alemão (BGB) traz a figura da culpa de forma indireta, pois se considera requisito temporal de um ano e gera para o requerente no pedido de divórcio à lesão de forte prejuízo (§ 1565-2). Já se os pares já vivem separados há mais de um ano e de acordo, o pedido de divórcio pode-se dar de forma direta (§

²² DAVID, René apud BARBOSA, Eduardo. **Divórcio no mundo**. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticia.asp?cod_canal=4&cod_publicacao=34446>. Acesso em: 19 jun. 2010.

1566-1). Por fim, com um lapso de três de separação de fato, o casal já pode se considera divorciado (§ 1566-2).

Na França, no intróito de suas legislações, qual seja: Código Napoleônico de 1804 já trazia em seu bojo tal previsão. Todavia, devido ao clamor social, foi posta em voga nova legislação no ano de 1884, trazendo três modalidades de divórcio, tais seja: mútuo consentimento, ruptura da vida comum e violação culposa dos deveres conjugais.²³

1.3 Família e Princípios Norteadores

Meritório se faz por em foco que, diante das considerações anteriores, hoje, nossa sociedade, e nossa relação de casamento e família, se desenvolve diante de um caráter regrado aos anseios sociais. Gustavo Tepedino em sua obra afirma:

A milenar proteção da família como instituição, unidade de proteção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.²⁴

E nesse desiderato que movimentos sociais e políticos do século XX e a atmosfera da globalização forçaram nossa sociedade a passar por notórias mudanças na estrutura da família e, por conseguinte, em seus princípios basilares.

I) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Princípio maior dentro do nosso ordenamento jurídico, a promoção da dignidade da pessoa humana deve, em todo esse envolvimento, transcender evitando reiterações de angústias e desencontros garantindo meios diretos, eficazes e não burocráticos para que, diante da derrocada emocional do matrimônio, no qual os seus partícipes, com questões do coração possam se libertar do vínculo falido,

²³ BARBOSA, Eduardo. **Divórcio no mundo**. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticia.asp?cod_canal=4&cod_publicacao=34446>. Acesso em: 19 jun. 2010.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo, **A disciplina civil- constitucional das relações familiares**. In: A nova Família: problemas e perspectivas. Coordenação de Vicente Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, cap IV, p. 48-49.

partindo para outros projetos pessoais de felicidade e de vida, não se deixando transformar num verdadeiro calvário, toda aquela situação de perdura, reconhecendo que ele, ser humano, não se confunde com a vida do estado.

Desta forma, sendo princípio norteador de toda e qualquer norma jurídica, elencado em nossa Carta Maior como sendo princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica. Maria Helena Diniz em seu livro cita:

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (Constituição Federal, art.227).²⁵

Assim, sua contribuição dentro do Direito Civil e, precipuamente, dentro do ramo mais humano que é o Direito de Família é enorme. Pensar em Direito de Família hoje é observar também pela faceta dos Direitos Humanos e da noção de cidadania.

II) Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros e planejamento familiar:

Elencado no art. 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal, tal princípio roga que o planejamento familiar seja algo a se concretizar tão somente da decisão do casal tomando por base os princípios da dignidade da pessoa humana, anteriormente citada, e da paternidade responsável. Haja vista o tão elevado nível de independência seja ele econômico ou social o que se observa em nossos dias atuais é a forma indubitavelmente natural e espontânea de um homem e uma mulher se relacionarem e se desenvolverem, e optarem por assim dizer, suas diretrizes familiares. O que fica demonstrado com tal atitude é exclusão de forma coercitiva da participação do Estado em decisões do gênero: dividir sonhos, criar filhos, construir patrimônios. Nas meritórias palavras de Carlos Roberto Gonçalves, em seu livro, nossa sociedade atual foi modificada:

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 23. ed. rev., atual e ampl. De acordo com a reforma do CPC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, 5º volume, Cap. I, p. 22.

O art. 233 do Código Civil de 1916 proclamava que o marido era o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe a administração dos bens comuns e particulares da mulher, o direito de fixar o domicílio da família e o dever de prover à manutenção desta. Todos esses direitos agora são exercidos pelo casal, em sistema de cogestão, devendo as divergências ser solucionadas pelo juiz(CC, art. 1.567, parágrafo único).²⁶

III) Princípio da comunhão plena da vida:

De acordo com os doutrinadores Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, o princípio da comunhão da vida é evidenciado de forma clara no Código Civil, em seu artigo 1.511, tal princípio significa dizer que, a consagração de igualdade, do atendimento ao carinho, com respeito, amor, hoje, aceita de forma evidente e precípua, a preponderância do sentimento e do vínculo afetivo, não se retraindo apenas a figuras como casamento, sexo e procriação, fazendo prevalecer os reais e fidedignos laços de afetividade e deixando de lado elementos meramente formais.²⁷

Evidencia ainda a vedação de qualquer pessoa jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado, a interferência na comunhão da vida instituída pela família, concentrando-se a união entre os pares em torno de um fenômeno humano, pessoal e afetivo, sem qualquer interferência de estranhos interferindo ou impondo um modo de vida nas atividades, nos hábitos e no modo de ser de cada família.

IV) Princípio da Liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar:

No livro Famílias do doutrinador Paulo Lobo, fica evidenciado, o conceito que, por fim, ganha grande notoriedade nessa análise que é o da família monoparental, ou seja, da família reconstituída que emerge de um rompimento de um vínculo anterior, corroborando mais uma vez a máxima de que os filhos são: “os

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva 2005, volume VI, Cap I, p. 23.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das famílias**. 3. ed. rev. Ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, Cap. I, p. 21.

meus, os teus, os nossos.”, visando por fim a uma mistificação posta em nossa sociedade de que o casamento dentro da vida de alguém deveria de ter sido algo frustrante e carregado pelo resto de sua jornada.²⁸

Assim, com essa nova nomenclatura para unidade familiar, advinda do casamento foi que rompemos com a ideia algum tempo já desmistificada de que éramos uma sociedade matrimonializada, indissolúvel, hierarquizada e patriarcal. Nesse través, foi posto à baila um novo perfil da sociedade conjugal contemporânea, colocando de forma angular e principal a dignidade da pessoa humana, a efetivação da construção familiar por intermédio de um afeto compulsório, alargando o conceito de família, conforme palavras de Maria Helena Diniz, em seu livro *Curso de Direito Civil Brasileiro*: “A família está passando por profundas modificações, mas como organismo natural ela não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização; logo não há desagregação ou crise”.²⁹

V) Princípio da sócio afetividade

Segundo Sérgio Resende Barros, o conceito de sócio afetividade é amplo, não envolve apenas a família monoparental, como na expressiva linguagem descrita:

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família, é mais, é um viés externo que põe mais humanidade em cada família, compondo o que ele chama de família universal, cujo lar é a aldeia global, mas cuja origem sempre será como sempre foi a família.³⁰

Assim, a família de hoje decorre do afeto, do bem supremo da vida que é a felicidade obtida através de uma conjuntura familiar, mostrando mais uma vez que o Estado, representando os anseios de toda sociedade, visa com a promulgação da emenda constitucional nº 66 disciplinar as intituladas de relações jurídicas de afeto, não aumentando o número de desfazimentos matrimoniais, muito

²⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, Cap. IV, p. 88.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 23. ed. rev., atual e ampl. De acordo com a reforma do CPC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, 5º volume, cap I, p. 23.

³⁰ BARROS, S. R. Direitos humanos familiares. **Revista Síntese - Direito de Família**, v. 1, p. 67-78, 2011.

pelo contrário, mostrando que hoje temos numerosos casos de ligação afetiva conforme demonstrado e corroborando com um notório princípio do direito de família, qual seja: da afetividade, que nas lições de Paulo Lobo em seu livro famílias, descreve como sendo: “A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão do afeto, pouco importando o modelo que adote inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos”.³¹

Nesse desiderato, alterando-se a relação formal de união de casais, a afetividade, a relação de carinho, o compromisso e, mormente, a proteção dos filhos que é obrigação da família ofertar continua a existir.

Em tal ponto, frisa-se a importância do afeto não ser resultado da biologia. Os traços de carinho e afeto são conseqüências do convívio familiar, e não apenas do sangue. Busca-se aqui o afeto ser alçado não só como direito posto, mas sim como objetivo a ser alcançado pela felicidade.

³¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, cap IV, p. 70.

2 APLICABILIDADE PROCESSUAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66

2.1 Separação Judicial antes da EC nº66/2010

Neste momento, exposto será uma análise ao instituto da separação judicial anteriormente a promulgação da Emenda Constitucional nº66/2010 com o fito de melhor entender como se dará a nova sistemática a partir de então.

Como exposto anteriormente no capítulo I, observou-se que o instituto do divórcio não é algo novo em nosso ordenamento, sendo assim observados consideráveis avanços a partir da década de 1950. Anteriormente com o texto de: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após previa separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”, o texto Constitucional, artigo 226 hoje é outro, tal seja: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”³². Nota-se de imediato, que causas como: aguardo de tempo, violação dos deveres conjugais ou condutas culposas do cônjuge caíram por terra e encerraram com uma mentalidade ultrapassada que cedeu lugar a uma simples manifestação de vontade. Sendo assim, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal em seu livro expõem:

Foi estabelecido que requisito único a ser exigido para o divórcio é o desafeto, a falta de vontade de permanecer casado (o que os latinos chamavam de *voluntas divorciandi*), independente de qualquer lapso temporal. Seguramente, andou bem o constituinte derivado, afinal para o divórcio qualquer outra indagação é especiosa e encontra-se na contramão da história do Direito das Famílias, que conspira, cada vez mais, para o respeito amplo à dignidade da pessoa humana.³³

2.1.1 Divórcio Judicial Indireto

Por divórcio direto entendia-se como sendo aquele deferido após o prazo de um ano da separação judicial prévia. Falava-se em indireto, pois necessário se fazia a figura da separação para ser decretado. Segundo o saudoso

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Dispõe sobre Divórcio direto.

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das famílias**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, cap IV, p. 379.

mestre, Sílvio de Salvo Venosa, separação judicial dissolvia a sociedade conjugal sem desvanecer o vínculo matrimonial, está relação só era dissolvida com o divórcio. Em suas exatas palavras, Sílvio Venosa coloca que:

A separação judicial ou desquite dissolve a sociedade conjugal, sem desfazer o vínculo. Os desquitados ou separados judicialmente, prosseguem com o vínculo, embora a sociedade conjugal tenha sido dissolvida. Desaparecem vários efeitos do casamento e outros terão seu conteúdo modificado.³⁴

Sua disposição legal advinha do artigo 1.580 do código civil de 2002, o qual demonstrava:

Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

Assim, uma vez concedida à separação judicial, ou a separação de corpos, aguardava-se prazo de um ano para requerer a conversão em divórcio.

2.1.2 Divórcio Judicial Direto

Tal modalidade restava dependente de prova de separação de fato pelo prazo mínimo de dois anos, nos termos do artigo 1.580, parágrafo segundo: “O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos”. Assim, poderia ser concedida na medida em que houvesse a separação de fato pelo tempo mínimo de dois anos, colocando uma obrigação desnecessária de vínculo, que nas palavras de Jander Maurício: “ilógica manutenção da separação judicial, sendo dotada de melhor juridicidade a implantação do divórcio direto sem exigências outras”.³⁵

2.1.3 Divórcio Sanção e Divórcio Remédio

O primeiro, o divórcio sanção, era consequência da figura da culpa de um dos cônjuges, atribuindo a fato do divórcio a qualquer conduta ou qualquer

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.6, cap.10, p. 203.

³⁵ BRUM, Jander Maurício. **Separação judicial e divórcio no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Aide, 2002, cap. 1, p. 23.

ato que importasse em grave violação dos deveres matrimoniais. Sobre a culpa na separação judicial, o doutrinador Paulo Lobo versa:

Frise-se que a evolução do direito brasileiro atual está a demonstrar que a culpa na separação conjugal gradativamente perdeu as consequências jurídicas que provoca: a guarda dos filhos não pode mais ser negada ao culpado pela separação, pois o melhor interesse é quem dita a escolha judicial; a partilha dos bens independe da culpa de qualquer dos cônjuges; os alimentos devidos aos filhos não são calculados em razão da culpa de seus pais; a dissolução da união estável independe de culpa do companheiro.³⁶

Quanto à configuração de uma conduta inadequada aos deveres matrimoniais, pode-se afirmar não ser algo muito objetivo. A doutrinadora Maria Helena Diniz versa em seu livro sobre a conduta desonrosa, vejamos:

Difícil é a configuração da conduta desonrosa, por ser expressão indeterminada e nada objetiva. Ante a indeterminação semântica desse vocábulo e a falta de definição em lei, cabe aos juízes e tribunais, dizer, caso por caso, quando a conduta é desonrosa, considerando sempre certos elementos, como: o ambiente familiar, a sensibilidade e grau de educação do cônjuge etc.³⁷

Para uma análise mais aprofundada, necessário se faz com que se atente para os deveres matrimoniais elencados no art. 1.566, Código Civil:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

³⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, cap VIII, p. 154.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 23. ed. rev., atual e ampl. De acordo com a reforma do CPC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, 5º volume, cap II, p. 295.

Qualquer violação desses deveres autorizava o inocente, que não concorreu para sua prática, a requerer a separação, por se tornar insuportável a vida em comum.

Já o segundo, o divórcio remédio, atribuía ao divórcio uma finalidade de remediar casos em que a figura da união do homem e da mulher tornou impossível a permanência juntos. Tal modalidade também era conhecida como divórcio-falência. Na forma do §1º do art. 1572 (repetindo a regra do §1º do art. 5º da Lei nº 6.515/77), se tornava efetivada quando qualquer dos cônjuges provasse a ruptura da vida em comum há mais de 1 (um) ano e a impossibilidade de sua reconstituição, não importando a razão da ruptura, sendo ainda irrelevante saber qual dos consortes foi culpado pela separação, legalizando uma separação de fato. Para Caio Mário da Silva Pereira:

O legislador não quis referir-se ao “abandono do lar”. Por um ano, pois se quisesse di-lo-ia simplesmente assim. Este fundamento somado a impossibilidade de reconstituição da vida conjugal independentemente do fator material do abandono, em face da conduta desregrada do cônjuge, falta de assistência ao lar, ou qualquer outro modo de conduta que implique o rompimento da comunidade de vida, serão objeto de apreciação do julgador com seu *arbitrium boni viri*.³⁸

2.2 O Novo Divórcio no Brasil

Como escorreita interpretação da redação do novo texto constitucional, restou evidente a observância de três modalidades de divórcio em nossa seara civilista, tais sejam: I) divórcio judicial litigioso; II) divórcio judicial consensual; III) divórcio extrajudicial consensual. Em todas as modalidades é necessário que questões que versem sobre direitos indisponíveis sejam definidas, como guarda dos filhos, sobrenome utilizado e partilha de bens.

2.2.1 Divórcio Judicial Litigioso e Consensual

A grande diferença entre o divórcio litigioso e o divórcio consensual é quanto ao acordo sobre a própria separação, pois, por uma parte é desejado,

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, cap. XC, p. 259.

porquanto outra não, ou mesmo quanto às questões essenciais, como de quem será a guarda dos filhos e partilha de bens. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald em seu livro demonstram: “Malgrado a inexistência de prazo para a decretação do divórcio, permanece, entre nós, a possibilidade do divórcio consensual ou litigioso, de acordo com a existência de controvérsia, ou não, entre as partes”.³⁹

Não se pode olvidar que nesse aspecto não se fala mais em culpa uma vez que ação de divórcio não admite. Poderá ser ela discutida posteriormente em ação indenizatória por danos materiais e formais, de um cônjuge contra o outro, uma vez que a culpa é elemento da responsabilidade civil. Poderá ser discutida, também, nas hipóteses de anulabilidade do casamento por vícios de manifestação da vontade aplicáveis ao casamento, como a coação e o erro essencial sobre a pessoa do cônjuge. Nesses casos, a culpa importará na perda das vantagens havidas do cônjuge inocente e no cumprimento das promessas feitas no pacto antenupcial (CC art. 1.564). Cabe ressaltar também que, caso o casal possuía filhos menores de idade, o divórcio judicial é a único meio de exclusão do vínculo, podendo inclusive o juiz tentar na audiência do processo ordinário de jurisdição contenciosa uma tentativa de reconciliação entre os companheiros.

Conforme dito anteriormente, o divórcio consensual é a saída para aqueles ex-companheiros que entraram em acordo quanto às questões essenciais visando assim apenas uma homologação do juiz. Aqui, os cônjuges apenas decidem não compartilhar mais de uma vida em comum e o juiz apenas ratifica tal acordo, não podendo futuramente haver uma retratação do acordo celebrado, sendo por isso necessária a presença de um advogado após a audiência de ratificação. Nas palavras de Orlando Gomes, tal modalidade: “Tem natureza jurídica de negócio jurídico bilateral, cujo escopo precípua é extinguir uma sociedade conjugal,

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das famílias**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, cap I, p. 387.

estabelecendo direitos e deveres recíprocos. Naturalmente, é fonte de direitos e obrigações bilaterais”.⁴⁰

2.2.2 Divórcio Extrajudicial Consensual

Por fim, quando inexistirem filhos menores e houver acordo quanto a todas as outras questões essenciais, pode os cônjuges, desde que assistidos por um advogado ou defensor público, procurarem um cartório e, através de escritura pública, se divorciar extrajudicialmente de forma consensual. Tal modalidade é, sem dúvida, um notável avanço na legislação, pois racionaliza as atividades do Ministério Público bem como oferece uma maior agilidade ao nosso Judiciário.

Cabe ressaltar que nesse ponto não há que se falar em audiência perante o juiz com o objetivo de uma tentativa de reconciliação entre os pares. Para Cristiano Chaves: “

É bastante a atuação na esfera administrativa, através de escritura pública, quando os divorciandos forem maiores e capazes e estejam acordes (isto é, não exista conflito de interesses) quanto aos termos da dissolução, que tem indubitosa natureza negocial.⁴¹

2.3 Dissolução da Sociedade Conjugal e Emenda Constitucional nº 66

Anteriormente a promulgação da emenda constitucional nº 66, duas eram as formas de extinção do casamento e, por conseguinte, dois eram seus efeitos, tais sejam: as causas dissolutivas e as causas terminativas. Causas terminativas colocavam fim apenas a sociedade conjugal, eliminando assim os deveres recíprocos implantados pelo matrimônio e o regime de bens, não permitindo assim, contrair novas núpcias. Já as causas dissolutivas eliminavam com ambas bem como, da relação jurídica existente entre as partes, ou seja, poderia haver a celebração de novas núpcias. Assim, dentre as quatro causas terminativas, tais sejam: a)morte; b)divórcio; c)separação; d) anulação ou nulidade do casamento, apenas duas eram dissolutivas e colocavam fim a sociedade e ao vínculo matrimonial, quais sejam: a)morte; b)divórcio.

⁴⁰ GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 217.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves. **O novo procedimento da separação e do divórcio - comentários e análise da Lei no. 11.441/07**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, capítulo IV, p. 75.

Assim, com o advento da emenda constitucional 66/10, eliminou-se a separação creditando apenas a morte e o divórcio como causa a eliminar de uma só vez a sociedade conjugal e a relação jurídica existente. Paulo Lôbo demonstra que:

A constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal.⁴²

2.4 Questões de Direito Intertemporal

2.4.1 Situação Jurídica das Pessoas já Separadas Quando da Promulgação da Emenda Constitucional nº 66

A condição jurídica das pessoas já separadas ao tempo da promulgação da emenda em discussão não pode ser considerada divorciada automaticamente, estas permanecem na condição de separadas, até que promovam o divórcio por iniciativa de um ou de ambos, sem necessidade de decurso ou análise de lapso temporal. Da mesma forma restarão as condições acordadas ou judicialmente decididas. Nas palavras do doutrinador Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

À vista do exposto, portanto, a alteração da norma constitucional não teria o condão de modificar uma situação jurídica perfeitamente consolidada segundo as regras vigentes ao tempo de sua constituição, sob pena de gerar perigosa e indesejável insegurança jurídica.⁴³

Essa insegurança jurídica que Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona citam em seu livro seria decorrente da alteração automática dos separados judicialmente para divorciados. Este procedimento modificaria uma situação jurídica consolidada segundo as normas vigentes à época de sua constituição. Sobre direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o doutrinador Moacyr Amaral descreve:

⁴² LÔBO, Paulo. PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas. In **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões** – RBD FamSuc, Porto Alegre; Magister/IBDFAM, n. 11.

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010, Cap XVI, p. 139.

Mas a lei, norma regulamentadora de conduta jurídica, prevê e regula para o futuro, isto é, disciplina o direito ajustável a situações ou relações, fatos ou procedimentos futuros. Disso se extrai o princípio da irretroatividade das leis, que se traduz na proibição de estende-se a eficácia da lei a situações ou relações pretéritas, e que, no direito brasileiro, assume, foros constitucionais, por prescrever a constituição vigente, no art. 5º, inciso XXXVI, que a lei não prejudicará o direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada.⁴⁴

Portanto, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional, os separados judicialmente, por meio de sentença proferida ou escritura pública lavrada, fariam o pedido de decretação do divórcio, pois não seria possível simplesmente transformar as pessoas que estão separadas em divorciadas sem decisão judicial ou escritura pública.

2.4.2 Processos de Separação e Divórcio em Curso

No que concerne a este tópico, não haverá muitos problemas.

Quanto às ações de separação, caso consensual e pendente de pedido de homologação, é razoável que o magistrado ofereça a sua conversão em divórcio consensual. Aqui, chamam-se as partes por intermédio de seus advogados e os é oferecido o direito de transformação do pedido, que não culmina numa mudança de pedido, mas sim, numa espécie de readaptação ao novo pedido. Deste modo, aceitando a partes que o processo de separação judicial se converta em divórcio, ou seja, moldando seu pedido inicial e se inserindo dentro das exigências processuais, a exigência anterior de um processo para se obter o fim do vínculo conjugal cai por terra, e torna desnecessária a duplicidade de processos no judiciário, facilitando e muito com isso as partes envolvidas no processo. Sobre a causa de pedir, Misael Montenegro Filho versa: “A causa de pedir, além da adequação do fato a norma legal que se apresenta *in abstracto*, reverte-se ao fato que sede cadeia a ação na proporção do se real acontecimento”.⁴⁵

⁴⁴ SANTOS, Moacyr Amaral, 1902-1983, **Primeiras linhas de direito processual civil**. 27. ed. atual. Por Maria Beatriz Amaral kohen. São Paulo: Saraiva, 2010, Volume 1, cap IV, p. 31.

⁴⁵ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, Cap 3, p. 133.

No que tange às ações de separação judicial litigiosa, principalmente as que traziam a culpa sobre um dos cônjuges, é ofertado também o direito de elegerem pela propositura da ação de divórcio, pois os prazos anteriormente citados não cabem mais. Corroborando com o princípio da instrumentalidade das formas dentro do processo civil, que nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves, se caracteriza como sendo:

o essencial é verificar se o desrespeito à forma legal para a prática do ato afastou-o de sua finalidade, além de verificar se o descompasso entre o ato como foi praticado e como deveria ser praticado segundo a forma legal causou algum prejuízo. Não havendo prejuízo para a parte contrária, tampouco ao próprio processo, e percebendo-se que o ato atingiu sua finalidade, é excessivo e indesejável apego ao formalismo declarar o ato nulo, impedindo a geração dos efeitos jurídico-processuais programados pela lei.⁴⁶

Resta claro então que a ação de divórcio se torna algo de enorme abrangência dentro do direito, colocando um maior espaço de atuação, cujo exercício não se atém a condições de tempo ou limitações subjetivas.

Por isso, cabe também as partes proporem uma ação de divórcio diretamente, eliminando com isso a ação de separação anteriormente proposta haja vista o interesse de agir agora se submeter à ação de divórcio a qual, os objetivos da ação, são atingidos com muito mais simplicidade.

Nesse momento devem-se ater as partes quando da extinção da ação na transformação, pois, caso haja como objeto do pedido assuntos que envolvam alimentos, guarda dos filhos, e outras decorrentes, esta não deverá ser extinta, necessário, portanto, analisá-la.

Quanto ao casamento, restou desaparecido sua finalidade. Haverá assim, extinção do pedido sem julgamento do mérito, com sentença terminativa, por exigência de superveniência da lei e sem culpa das partes, devendo estas suportar como decorrências processuais, custas e honorários.

⁴⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Método, capítulo 2, 2010, p. 71.

No que tange ao pedido do divórcio, caso se encontre tramitando ao momento de eficácia da Emenda, caberá ao juiz providenciar sua modelagem ao novo ditame, adotando as novas formas e não se atendo a prazos, tampouco a obrigações não cumpridas que adviessem da separação. Nesse momento, cabe ressaltar que não se pode remeter tal procedimento ao artigo 264 do Código de Processo Civil, pois caso fosse aplicado seria como modificar o pedido sem o consentimento do réu após a citação. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald em seu livro versam:

Afasta-se aqui, o citado dispositivo processual porque se fosse necessário a aquiescência do demandado, considerando que a demanda é litigiosa, o pedido do autor estaria fadado à extinção do processo sem resolução do mérito por carência de ação, em face da impossibilidade jurídica.⁴⁷

Ademais, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

O que sucede, em verdade, é uma alteração da base normativa do direito material discutido, por força de modificação constitucional, exigindo-se, com isso, adaptação ao novo sistema, sob pena de afronta ao próprio princípio do devido processo civil constitucional.⁴⁸

Decorre assim da Emenda, a necessária adaptação da legislação ordinária que não modifica o pedido, mas que se adapta a possibilidade que a norma constitucional concebeu.

2.5 Princípios Processuais a Emenda Constitucional N°66/2010

Nesta parte, será feita uma correlação dos princípios processuais como da celeridade processual, da economia processual e da irretroatividade, abordados com certa relevância, haja vista serem os maiores norteadores quando da aplicação da emenda constitucional nº 66. Do mesmo modo, será demonstrada a real situação da legislação ordinária infraconstitucional quanto ao divórcio, mais especificadamente, nosso Código de Processo Civil, tendo em foco a intenção

⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das famílias**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, cap I, p. 390.

⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010, Cap XVI, p. 141.

legislativa quando da promulgação da emenda, tratando de princípios como da revogação tácita e expressa de assuntos correlatos ao divórcio dentro de uma interpretação sistemática.⁴⁹

2.5.1 Da Economia e da Celeridade Processual

É notório o benefício de tal emenda, não só por parte da sociedade, como também do judiciário, pois findando com o prazo de dissolução do vínculo conjugal, esta passa a possuir eficácia imediata, e deixa de existir.

Sendo assim, diante da clara intenção do legislador quando da elaboração da emenda era reduzir o desgaste, não só emocional, como também processual, ficando clara a sua correlação com tal princípio. Merece destaque também um trecho das palavras da justificativa do deputado Sergio Barradas Carneiro, em arquivo anexado quando da proposta que se converteu na PEC/66, presente no livro o novo divórcio:

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a união do divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A submissão de dois processos resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.⁵⁰

Evidenciando as palavras do deputado, a doutrinadora no assunto, Ada Pellegrine Grinover, em seu livro, é clara ao expor tal instituto: “o denominado princípio da economia processual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”.⁵¹

Nesse sentido, a celeridade processual é princípio derradeiro do exposto anteriormente, pois considerando inútil a duplicidade de processos, desnecessários também serão os gastos e tempo com os procedimentos judiciais,

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, cap 4, p. 74.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva 2010, Cap V, p. 49.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op.cit., p. 79.

fazendo surgir no judiciário uma maior agilidade, rompendo com o estigma de uma justiça extremamente formal, gerando uma maior eficácia ao alcance social, o qual é o foco precípua do Direito, além de corroborar com a intenção do legislador quando da elaboração da nossa Carta Maior em seu artigo 5º, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Deste modo, acelerando o processo com medidas extraprocessuais, tal como: a oferta aos casais que pretendam se divorciar um acesso direto aos cartórios será concedido uma aproximação do jurisdicionado com a justiça, corroborando com o almejo, dentro dos princípios informativos do processo, do princípio econômico, que nas palavras de Candido Rangel Dinamarco seria: “processo acessível a todos, com vista ao seu custo e à sua duração”.⁵²

Seguindo o mesmo norte, Pablo Stolze Gagliano afirma em seu livro:

Sob o viés psicológico, com o divórcio evita-se a duplicidade de processos – e o strepitusfori – porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é salutar pois, com isso evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos.⁵³

2.5.2 Da irretroatividade e revogação do Instituto Separação Judicial

Da promulgação da emenda constitucional nº. 66 resultou, de forma evidente, o desfazimento do instituto da separação judicial por inteiro de nosso ordenamento, ensejando numa irretroatividade da norma no que tange a separação judicial e, conseqüentemente, de uma celeridade processual. Sobre a irretroatividade das leis, o Doutrinador Moacyr Amaral versa:

Também a lei processual não tem efeito retroativo. Também ela não se aplica a fatos ou atos passados, regulados por lei anterior, os quais permanecem os mesmos efeitos produzidos ou a produzir. A lei atinge o processo em curso no ponto em que este se achar, no

⁵² DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, cap 4, p. 57.

⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010, Cap XV, p. 132.

momento em que ela entrar em vigor, sendo resguardada a inteira eficácia dos atos processuais até então praticados. São atos posteriores à lei nova que regularão conforme os preceitos desta.⁵⁴

Deste modo, necessário se faz uma interpretação histórica, lógica, sistemática e teleológica da norma, não se atendo apenas ao aspecto formal e meramente literal de interpretação adotado pela doutrina minoritária e decrescente, que ainda defende o instituto da separação e vai de encontro aos anseios da prole. Pontes de Miranda, em seu livro *Comentários ao Código de Processo Civil*, expõe: “a irretroatividade defende o povo; a retroatividade expõe-no à prepotência”, ou seja, nas expressões do mesmo autor, houve uma “revogação do direito correspondente”.⁵⁵

Tal irretroatividade posta à tona resulta ao valor da segurança jurídica, o qual expõe que o que já se sucedeu deve ser superado e não pode, a todo e qualquer momento, ser juridicamente questionado, ficando a mercê de inúmeras discussões. Tal segurança jurídica tem seu fundamento ideológico numa situação atingida pelo mundo dos fatos, traçando um limite entre o passado e o presente.

Não se pode considerar que a questão suscitada pelo aspecto processual vá interferir no que tange ao direito material, desprestigiando valores como segurança (situações processuais já consolidadas) e previsibilidade (veraz intenção do criador e intérprete da norma), haja vista se reverter de total eficácia a segurança jurídica do direito intertemporal, sendo inclusive questão de condição de existência e de aplicação do Direito.

Não teria sentido afirmar em uma não obrigatoriedade do direito, pois isso ensejaria em uma não aplicação da segurança jurídica, a qual se reveste vinculada ao valor de justiça. Nas palavras de Carlos Aurélio Mota de Souza: “ se a lei é garantia de estabilidade das relações jurídicas, a segurança se destina a estas e às pessoas em relação; é um conceito objetivo, a priori, conceito finalístico da

⁵⁴ SANTOS, Moacyr Amaral, 1902-1983, **Primeiras linhas de direito processual civil**. 27. ed. atual. Por Maria Beatriz Amaral kohen. São Paulo: Saraiva, 2010, Volume 1, cap IV, p. 31.

⁵⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Campinas: Forense, 1978, tomo VXIII, p. 34.

lei.”⁵⁶ Carlos Aurélio Mota de Souza, *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico*, São Paulo, LTr, 1996, pág. 128.

Destarte, a segurança jurídica estaria respaldada numa segurança da positividade do Direito, que representando o Estado, tem o condão de garantir a harmonia social, gerando para o casal a certeza e a confiança de seus interesses, pois uma sociedade em que se prevalece a insegurança no que tange a eficácia de seus atos, inclina-se para uma inércia, e por fim ao desaparecimento da própria existência legítima.

Deste feito, pode-se considerar a anterioridade da lei ao fato como princípio norteador precípua à segurança jurídica, evitando qualquer ato jurídico posto em valores distorcidos ou sem fundamento legal, indo de encontro a qualquer ato arbitrário que distorça o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Assim, no mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Pereira cita em seu artigo publicado, no portal IBDFAM:

Não há nenhuma razão prática e lógica para manutenção da separação judicial. Se alguém insistir em se separar judicialmente, após da emenda constitucional 66, não poderá transformar mais tal separação em divórcio; se o quiser, terá que propor o divórcio direto.⁵⁷

Na mesma linha de raciocínio, Paulo Lobo:

Com o advento do divórcio, a partir dessa data e até 2009, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela constitucional explícita. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal

⁵⁶ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico** São Paulo: LTr, 1996, pág. 128.

⁵⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Emenda Constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal.** Disponível em: <<http://www.ibfam.org.br>>. Acesso em: 15. set. 2010.

isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do divórcio.⁵⁸

Desta forma, diante das normas de aplicação da Lei de Introdução do Código Civil, em seu artigo 2^a, § 1o: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”, fica clara a incompatibilidade da emenda com os artigos versados no Código Civil acerca do assunto, expondo uma revogação tácita e mostrando que uma lei não pode ser interpretada isoladamente, pois ela também não existe por si só, devendo assim, serem interpretados de acordo com princípios norteadores maiores, e não dando ensejo a uma interpretação ínfima e acanhada. Como ensina Maria Helena Diniz, revogação tácita ocorre:

Quando houver incompatibilidade entre a lei nova e a lei antiga, pelo fato de que a nova passa a regular parcial ou inteiramente a matéria tratada pela anterior, mesmo que nela não conste a expressão ‘revogam-se as disposições em contrário’, por ser supérflua.⁵⁹

Deste modo, resta evidente a consagração de notórios princípios processuais e sua inserção dentro da seara civilista no que tange ao divórcio, corroborando que, em relação ao divórcio, pode-se observar um processo justo, que nas palavras de Humberto Theodoro Jr seria: “aquele que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção dos seus direitos”.⁶⁰

⁵⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Emenda Constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal**. Disponível em: <<http://www.ibfam.org.br>>. Acesso em: 15. set. 2010.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil interpretada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, cap II, p. 36.

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, cap 1, p. 33.

3 ANÁLISE AO CASO CONCRETO

No que concerne a uma análise ao caso concreto, exposto será um julgado da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para que, a partir da análise de um caso concreto, seja possível esmiuçar e demonstrar por intermédio de um processo dedutivo as considerações da doutrina majoritária, comentando, debatendo e evidenciando todos os princípios elencados e, expondo que toda e qualquer análise em discrepância aos entendimentos atuais cairão por terra. Muitos preferem considerar tais espécies de julgados como sendo uma “massa” de magistrados partidários da tese oposta, aos quais os intitulam de conservadores e reacionários. A título de exemplo, até a data de 02/05/2011, havia em todo judiciário brasileiro, nove julgados em que supressão da separação é posta em prática e em desacordo a Norma Constitucional, evidenciando a minoria de tal posicionamento. Deste modo, segue um dentre os nove citados para análise:

8ª Câmara Cível; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. ALTERAÇÃO DA NATUREZA DO FEITO PARA DIVÓRCIO, DE OFÍCIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. INTERPRETAÇÃO DO MAGISTRADO SENTENCIANTE NO SENTIDO DE REVOGAÇÃO DE ARTIGOS DO CÓDIGO CIVIL PELO ADVENTO DA EC 66/2010 (NOVA REDAÇÃO AO § 6º DO ART. 226 DA CF). PRESERVADA A VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO NA FORMA DO PEDIDO [...]3. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, não enseja automática revogação da legislação infraconstitucional que disciplina a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). Precedente deste colegiado no julgamento da AC nº 70039476221. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA E A DECISÃO DAS FLS. 53/54-V E DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO NA FORMA DO PEDIDO. POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70040795247, Oitava Câmara Cível,

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/04/2011)

Observou-se no caso em tela a análise de um julgamento em sede de recurso interposto contra sentença que indeferiu, por unanimidade, o pedido da petição inicial da conversão de separação para divórcio por entender que restaram ausentes os requisitos postos no código civil em seu artigo 1580. A discussão em voga no julgado reside precipuamente numa análise por parte do relator numa discussão considerada inócua pela doutrina presente na figura da revogação tácita. Tal fenômeno, ao modo de observar do relator, Doutor Luiz Felipe Brasil Santos, se trata de uma análise do Direito como ramo Intertemporal e Constitucional e não do Direito de Família e seus aspectos, conforme palavras suas no relatório:

A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu do texto constitucional o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Porém, não revogou os dispositivos do Código Civil que tratam do divórcio, em especial o art. 1580.⁶¹

Para ele, tal situação fática normativa é intrincada e difícil de ser identificada, seria de certa forma uma desconstitucionalização e não uma revogação do instituto da separação judicial, tratando portando os institutos da separação e do divórcio de forma ímpar. Não resta dúvida que a mudança constitucional acarretou numa mudança imediata, tanto na sua parte formal, como material, ou seja, não existe fundamento ao se referir apenas quanto aos requisitos para o divórcio tais sejam: prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos, e não à existência de um procedimento (judicial ou extrajudicial) para dissolução da sociedade conjugal que seriam afetados por tal mudança. Seu argumento maior é a Lei de introdução ao Código Civil, a qual predispõe em seu artigo 2º, §1º: a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Está discussão está claramente

⁶¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil Santos. **A lei do divórcio precisa acabar com entraves legais.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-25/lei-divorcio-acabar-entraves-legais-exercicio-liberdade>>. Acesso em: 12. set. 2011.

explicita no livro, *O Novo Divórcio*, dos doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, descrito abaixo:

A partir da promulgação da Emenda, desapareceu de nosso sistema o instituto da separação judicial, e toda legislação que o regulava, por consequência, sucumbiu, sem eficácia, por conta de uma não recepção. Com isso, consideramos tacitamente revogados os artigos 1.572 a 1.578 do Código Civil, perdendo sentido também a redação do artigo 1.571 no que tange á referência feita ao instituto da separação.⁶²

Outro argumento utilizado pelo Desembargador foi uma espécie de analogia com Nossas Constituições de 1934 e 1937. Inicialmente, na Carta Magna de 1934, à época bastante influenciada por posição da Igreja Católica, mostrou-se a em seu artigo 144 um princípio com o fito de impedir o divórcio, mostrando que a indissolubilidade do vínculo matrimonial deveria ser algo tratado como regra, tal seja:

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex-offício, com efeito suspensivo.

Assim, restava evidente na época que os casos de desquite e anulação do casamento seriam realizado por intermédio de observância a lei ordinária. Quatro anos mais tarde, em 1937, foi outorgada a Constituição Federal intitulada de Polaca, trazendo em seu bojo, no artigo 124, o mesmo conteúdo versado no artigo 144 da Constituição anterior, com o detalhe de ter suprimido o seu parágrafo único. Deste modo, de forma a fundamentar seu posicionamento, indagou o desembargador se àquela época teria então desaparecido a figura do desquite pelo simples fato de não ser mais mencionado no corpo constitucional? Norteando seu posicionamento buscou o desembargador citar o nobre doutrinário Pontes de Miranda, o qual diz:

A Constituição de 1937 entendeu que seria impróprio do texto constitucional conter regra jurídica processual de tal pormenor; e

⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

riscou dos seus artigos o parágrafo único do art. 144 da Constituição anterior. Isso não quer dizer que, desde 10 de novembro de 1937, revogado ficasse o direito correspondente. A regra jurídica continuou, como de direito ordinário, suscetível, portanto, de derrogação e ab-rogação pelos legisladores ordinários. O que lhe cessou foi a força de princípio jurídico constitucional. (sem grifo no original)⁶³

Adotou então o Desembargador a mesma posição de Pontes de Miranda, considerando, portanto, que subsistirá como consequência lógica, a vigência da legislação ordinária. Indo além, ele cita a possibilidade de, caso fosse suprimido do corpo do texto constitucional o § 6º do art. 226, seria de forma análoga, extirpada também a figura do divórcio, citando novamente a distinção entre normas formalmente constitucionais e normas materialmente constitucionais. Sobre o § 6º do art. 226, da Constituição, o doutrinador Pedro Roberto Decomain, na Revista Dialética de Direito Processual, expõem:

No dia 13 de julho de 2010, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº66, publicada no Diário Oficial do dia 14 daquele mês. Por seu intermédio foi alterado o parágrafo 6º, do art. 226, da Constituição, cuja redação passou a ser a seguinte: “§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Como é fácil perceber, a exigência de que o divórcio fosse precedido de separação judicial ou separação de fato que já durasse mais de dois anos deixou de existir.⁶⁴

Nesse desiderato, para o magistrado os assuntos pertinentes ao Direito de Família são assuntos formalmente constitucionais, ou seja, seriam de certa forma leis específicas sobre determinados assuntos abordados dentro da constituição, colocando como uma opção política do poder constituinte. O que não ocorreu, portanto aos olhos do magistrado foi uma revogação, tais sejam suas palavras: “Revogação ocorreria se houvesse manifesta incompatibilidade entre o novo dispositivo constitucional e a legislação ordinária (arts. 1.571 a 1.580 do Código Civil)”.

⁶³ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina- Emenda Constitucional 66- Uma leitura ‘Politicamente Correta’**. Disponível em: <<http://direitodefamiliares.blogspot.com/2011/06/doutrina-emenda-constitucional-66-uma.html>>. Acesso. em: 20. set. 2011.

Disponível em: <<http://direitodefamiliares.blogspot.com/2011/06/doutrina-emenda-constitucional-66-uma.html>>. Acesso. em: 20. set. 2011.

⁶⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Revista Dialética de Direito Processual**, setembro de 2010, p. 113.

Assim, no posicionamento do magistrado, não trouxe a referida emenda, manifesta incompatibilidade clara e escrita entre o texto constitucional e a legislação ordinária, podendo a seu ver o código civil estabelecer qualquer requisito para obtenção do divórcio. Busca ainda defender seu argumento numa possível margem deixada pela emenda no que tange a uma interpretação, expondo que não há a possibilidade de se interpretar a norma além dos limites de sua linguagem, aduzindo que essa deixou uma subjetividade na hermenêutica, ocasionando uma insegurança jurídica, citando Adelino Augusto Pinheiros Pires para corroborar sua evidência:

Falar, no entanto, em interpretação conforme a vontade da norma, quando uma norma constitucional não tem desígnio em si mesma, é um disparate, convenhamos. Falar, então, em interpretar a norma constitucional segundo a vontade do legislador, mostra-se com mais razão um contra censo. A norma constitucional diz o que quer dizer; quanto ao que não quer dizer, se cala ("*lex quod volet dixit; quod non volettacet*").⁶⁵

Ocorre que, no que concerne a esse aspecto, maioria da doutrina é unânime ao afirmar que a mera leitura da carta de exposição da Emenda Constitucional nº. 66 é clara ao expor suas intenções, ou seja, a vontade do legislador está voltada para a extinção de quaisquer condições necessárias ao divórcio, abolindo dessa forma a separação judicial. Meritórias são as palavras do senador Demóstenes Torresque, após relatar perante a Comissão de Constituição e Justiça a referida Emenda, viu ser publicada uma semana após:

Todos serão beneficiados com a emenda imediatamente, porque toda lei tem retroatividade ou ulterioridade, ou seja, vai para trás ou à frente, como regra geral - disse o senador.

Demostenes ressaltou apenas, como hipótese impeditiva da retroatividade, as situações em que a lei adotada "ferir a coisa julgada, o ato jurídico perfeito ou prejudicar direito adquirido". No caso da lei penal, também não poderia haver retroação para prejudicar o que já tenha sido julgado.

⁶⁵ PIRES, Adelino Augusto Pinheiro. A inutilidade da emenda Constitucional nº66/2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17355/a-inutilidade-da-emenda-constitucional-no-66-2010>>. Acesso em: 22. Set. 2011.

No entanto, como observou, não se trata de nenhum desses casos. Pelo contrário, quem deseja se separar está ganhando um benefício, seja de tempo como até mesmo de economia de medidas administrativas ou judiciais, inclusive pagamento de advogados e de despesas cartoriais.

- Já simplificamos os processos para o casamento e agora fazemos o mesmo com a separação. Quem se casou e daqui a um mês não quer mais ficar casado, entra com o divórcio. Depois, se quiser casar de novo, inclusive com a mesma pessoa, tudo bem. O que não tem nenhum cabimento é manter juntos os que querem estar separados - afirmou.⁶⁶

Por fim, restou evidente que o desembargador seguiu uma posição extremamente exegética, ou seja, buscou analisar apenas a literalidade da norma, não se atendo à sua pretensão verdadeira, qual seja: a evolução da sociedade frente a assuntos tão delicados, reconhecendo ele próprio tal posição em seu voto. Deixar que tal entendimento adquira vulto é de grande risco, tendo em vista a discrepância que isso poderia acarretar em nosso judiciário, levando a prever que haveriam tratamentos diferenciados em várias partes de nossa federação.

⁶⁶ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/para-demostenes-pec-do-divorcio-extingue-processos-de-separacao-judicial-em-exame.aspx>>. Acesso em: 23. set. 2011.

CONCLUSÃO

A par de todas as considerações postas em evidência ao longo desta faina, restou evidente que tal mudança se perfez como sendo uma ação de desburocratização que trouxe aspectos positivos não só para a sociedade, como também a nosso judiciário.

Vivenciando o presente, a sociedade, assim como o Direito, sabe da mutação vivenciada por seus conceitos. Sendo uma ciência social, trazendo consigo valores, o Direito não se deve ater apenas aos dogmas e às leis, mas tê-las como estruturas que fazem parte do ordenamento jurídico, exigindo-se haver uma análise dos acontecimentos sociais e o respeito às mutações sofridas pela sociedade tal como evidenciado de forma clara no tema divórcio quando da representatividade do Instituto Brasileiro de Direito de Família e, por conseguinte, de nossos legisladores.

Com o novel regramento do divórcio, pode-se inferir que aspectos antes tratados com tanta delicadeza e dificuldade, tais como: a questão da culpa na separação, ensejando conflitos frente aos filhos ou até mesmo entre estes, ou a burocratização e onerosidade em todo o decorrer do processo e, mormente, a participação do Estado regulamentando os prazos para que o casal pudesse de divorciar estão sendo mitigados ou quiçá extirpados.

Nesse viés, desde o decurso de tempo de vigência de tal emenda nos restou evidente a preponderância clara de duas questões, tais sejam.

A primeira é de que a separação de direito tornou-se algo esquecido pela realidade brasileira, consagrando de fato que a idéia de se separar para depois divorciar, tendo em mente um possível arrependimento, é algo fictício aos casais brasileiros atualmente. Dessa forma, resta evidente que o posicionamento ao caso concreto exposto aqui pela doutrina é significativo, todavia minoritária, pois aos olhos da sociedade brasileira o instituto da separação não há mais razão em existir.

A segunda foi quanto ao apoio veemente do nosso judiciário, mesmo que não unânime, que se viu diante de situações mais céleres e plausíveis, ensejando aos advogados usarem da ação de divórcio, e não mais de separação judicial, para solicitar não somente a ruptura do laço matrimonial, bem como o de adir em seu pedido partilha de bens, a guarda dos filhos, indenização moral, dentre outras. Deste modo, decide o juiz por intermédio de uma sentença parcial quanto ao divórcio e passa a prosseguir nos demais pedidos, evidenciando o fim da figura da culpa como motivo de se manter um vínculo há muito tempo extinto.

Desta forma, ficou claro o condão efetivo da norma processual, resguardando direitos adquiridos e garantindo a aplicabilidade correta do devido processo legal. Há de se ter em mente também que uma nova ordem há de ser implantada, fazendo surgir a formação de jurisprudências e súmulas com base ao que preceitua os novos ditames do divórcio, efetivando de forma concreta os novos ritos processuais, insurgindo princípios instrumentais da ordem democrática capazes de garantir no rito processual todas as garantias do ato jurídico perfeito, do direito adquirido, da irretroatividade e da segurança jurídica.

Resta assim, que o caminho a ser percorrido na consolidação da problemática processual é intrincado, haja vista envolver questões de direito material e questões de direito processual, inserindo-se nesse contexto aspectos fundamentais a serem observados quanto ao direito intertemporal. A certeza que se tem é de que debates relacionados aos aspectos correlatos as mudanças constitucionais postos pela emenda constitucional nº 66 suscitaram uma conjuntura histórica vivenciado pelo direito privado nacional.

Conclui-se assim, o avanço jurídico dentro da seara do Direito de Família, transformando nossa legislação em uma das mais avançadas no que concerne ao Divórcio, resultando numa prestação jurisdicional mais célere, visando sempre satisfazer e atuar em consonância com todos os princípios norteadores elencados em nossa Carta Maior.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Eduardo. **Divórcio no mundo**. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticia.asp?cod_canal=4&cod_publicacao=34446>. Acesso em: 19 jun. 2010.

BARROS, S. R. Direitos humanos familiares. **Revista Síntese** - Direito de Família, v. 1, 2011.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Campinas: Red livros, 2001, § 6.

BRASIL. **Código Civil de 1916**.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Dispõe sobre Divórcio direto.

BRASIL. **Lei do Divórcio lei nº 6515** de 26 de dezembro 1977.

BRUM, Jander Maurício. **Separação judicial e divórcio no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Aide, 2002, cap. 1.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, t.1.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Revista Dialética de Direito Processual**, setembro de 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2001.

DINAMARCO. Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, cap 4.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 23. ed. rev., atual e ampl. De acordo com a reforma do CPC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, volume 5°.

_____. **Lei de introdução ao código civil interpretada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Disponível em: <<http://direitodefamiliares.blogspot.com/2011/06/doutrina-emenda-constitucional-66-uma.html>>. Acesso em: 20. set. 2011.

Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/para-demostenes-pec-do-divorcio-extingue-processos-de-separacao-judicial-em-exame.aspx>>. Acesso em: 23. set. 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das famílias**. 3. ed. rev. Ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **O novo procedimento da separação e do divórcio - comentários e análise da Lei no. 11.441/07**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, volume 6.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, cap 4.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas. *In* **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões** – RBD FamSuc, Porto Alegre; Magister/IBDFAM, n. 11.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Campinas: Forense, 1978, tomo VXIII.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, Cap 3.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Método, capítulo 2, 2010.

OLIVEIRA, Cesar de. **Nova Lei do Divórcio acaba com a separação judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-17/lei-divorcio-acaba-possibilidade-separacao-judicial>>. Acesso em: 18. Jun. 2010.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial: comentário à Lei 6.515/1977 á luz da Constituição de 1988, com as alterações das leis 7.841 e 8.408/92: doutrina, legislação, jurisprudência, direito comparado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, Cap I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Emenda Constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal**. Disponível em: <<http://www.ibfam.org.br>>. Acesso em: 15. set. 2010.

PIRES, Adelino Augusto Pinheiro. **A inutilidade da emenda Constitucional nº 66/2010**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17355/a-inutilidade-da-emenda-constitucional-no-66-2010>>. Acesso em: 22. Set. 2011.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A lei do divórcio precisa acabar com entraves legais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-25/lei-divorcio-acabar-entraves-legais-exercicio-liberdade>>. Acesso em: 12. set. 2011.

_____. **Doutrina- Emenda Constitucional 66- Uma leitura ‘Politicamente Correta’**. Disponível em: <<http://direitodefamiliars.blogspot.com/2011/06/doutrina-emenda-constitucional-66-uma.html>>. Acesso. em: 20. set. 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral, 1902-1983, **Primeiras linhas de direito processual civil**. 27. ed. atual. Por Maria Beatriz Amaral kohen. São Paulo: Saraiva, 2010, Volume 1, cap IV.

TEPEDINO, Gustavo, **A disciplina civil- constitucional das relações familiares**. In: A nova Família: problemas e perspectivas. Coordenação de Vicente Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, cap IV.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, cap 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.6, cap.10.